法律制度

晚清法律改革动因再探
——以张之洞与领事裁判权问题的关系为视角

高汉成

[摘要] 长期以来，法律史学界把中英《马凯条约》第十二款关于英国有条件放弃治外法权的承诺视为晚清法律改革的主因。而历史的真相是，1902 年商约谈判时张之洞主导制定了这一条款，首倡“修律以收回领事裁判权”说，其目的在于推进国内向西方学习的进程；1907 年后张之洞又否定了“修律以收回领事裁判权”说，其目的是为了反对沈家本在他看来过于“西化”的法律改革模式，以维护其“中体西用”的法律改革思路。这一过程表明，领事裁判权问题始终只是晚清主持改革者推进法律变革的手段。事实上，晚清法律改革作为清末新政的一部分，也是服从和服务于新政这一整体政治局势的，它本身并没有自己额外的起因和目的。

[关键词] 晚清法律改革 《马凯条约》 张之洞 领事裁判权问题

[中图分类号] K25 [文献标识码] A [文章编号] 1002 - 8587 (2004) - 04 - 0051 - 08

Revisiting the Motivation for Legal Reform in the Late Qing : Zhang Zhidong and Consular Jurisdiction

For a long time, it has been widely believed that the main cause of legal reform in the late Qing was the conditional promise made by the Renewed Treaty of Commerce and Navigation between Britain and China, which prescribed the abandonment consular jurisdiction. In fact, it was Zhang Zhidong who brought up the abandonment of consular jurisdiction when he was negotiating with Britain in 1902. Zhang initiated the principle of “legal reform to regain consular jurisdiction” in order to advance Western learning in China. But, soon afterwards, Zhang repudiated the principle in order to safeguard his version of legal reform and fight against Shen Jiaben’s legal reform. We can conclude that regaining consular jurisdiction was only one part of late Qing Reform legal reform not the aim. As a part of overall state reform, legal reform was subordinate to the overall reform, it did not have a rationale of its own.

一、问题的提出：探求历史的真相

近代晚清法律改革，是近年来法律史学界的一个热点问题（乃至法理学界也有人参与）。其中自然不乏“仁者见仁，智者见智”之处。但在谈及晚清法律改革缘何而起时，人们的看法却似乎惊人的一致。人们大都会提到领事裁判权问题，一个普遍的看法是：西方列强在中国拥有领事裁判权的原因，借口就是中国法律的落后和野蛮。1902 年前后西方列强在以《马凯条约》为代表的双边条约中，做出了有条件放弃领事裁判权的承诺。这成了晚清进行以西方为取向的法律移植的诱因。如 2003 年《比较法研究》第四期发表《领事裁判权制度与晚清司法改革之肇端》一文，专门探讨了此问题。结论就是“晚清司法改革的主要动力来

[收稿日期] 2004 - 3 - 20
[作者简介] 高汉成（1970 - ），男，中国政法大学法学院 02 级博士生；北京 100088

自于领事裁判权对清政府维护其统治所造成的巨大危害，列强适时表达其态度恰恰构成此改革的主要契机”[①]。在清华大学出版社新近出版的《探索与抉择—晚清法律移植研究》一书中，也是把“晚清政府争取主权独立的要求”(即收回领事裁判权) 作为晚清法律移植的三大动机之一[②]。时至今日，就笔者所见，还没有人对“领事裁判权问题是清末修律的动因”做出正面的质疑和否定性的评价。

这当然是有原因的。首先的原因在于研究者本身，法律史学者在接触这段历史时，首先是通过研究清末修律大臣—沈家本开始的，而在沈家本连篇累牍的奏稿中，有大量的关于收回领事裁判权的必要性、重要性以及可能性的论述。既然沈家本被目为清末修律的主持人，他的话自然就给人一种印象，认为晚清朝廷进行法律制度的改革，目的就是为了收回领事裁判权。其次，在于那段特定的历史本身。“庚子事变”后慈禧太后被迫“西狩”，还差点被西方列强定为“祸首”而没命。无奈之下，不得不接过维新志士的旗帜而推行比洋务运动更深入的改革。此后不久，《马凯条约》签订，大英帝国第一次做出了有条件放弃领事裁判权的承诺。就对改革理由的阐述而言，具有维护国家主权与独立色彩的收回领事裁判权的观点比“时移世易”的传统变法观更容易说服已经有了国家主权意识的中国人，从而减少改革的阻力。因此，清末修律伊始，凡是主张变法的人无不把收回领事裁判权作为嚆矢，为改革鸣锣开道以壮改革的声威。故《清史稿·刑法志》里讲，“二十八年 (指光绪二十八年即 1902 年)，直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞，会保刑部左侍郎沈家本、出使美国大臣伍廷芳修订法律，兼取中西。旨如所请，并谕将一切现行律例，按照通商交涉情形，参酌各国法律，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。自此而议律者，乃群措意于领事裁判权”[③]。因此，领事裁判权问题与清末修律有着密切的联系，这当是历史的客观存在。问题在于，这种密切的联系到底是一种什么样的联系？两者有着直接的关系吗？实际上就这个问题，早在在清末修律的过程中，清朝统治集团内部就存在着较大的争论。众所周知，其时礼法之争的两个焦点之一，就是修律与领事裁判权的关系，即修律的目的和宗旨是不是收回领事裁判权以及修律能不能收回领事裁判权。以沈家本、杨度为首的法理派认为，西方列强在中国拥有领事裁判权的原因，借口就是中国法律的落后和野蛮。中国只要改良法律而与各列强齐一，各列强就会按照条约自动放弃领事裁判权，因此必须采撷西法以收回领事裁判权。而以张之洞、劳乃宣为首的礼教派认为，领事裁判权能否收回，关键在于国家实力的强弱，不单单是一个法律制度能否与外国相同的问题 (而且西方各列强的法律本不齐一)，因此修律应该以我为主，目的应在于革除旧律的积弊，非全袭西法以讨好西方列强。对于这场争论，早在《清史稿·刑法志》里就批评了沈家本把收回领事裁判权问题仅仅视为一个法律问题的立场，“夫外交视国势之强弱，权利既失，岂口舌所能争？故终日言变法，逮至国本已伤，而收效卒鲜，岂法制之咎与？”[④]目前法史学界也有越来越多的人认识到：就事论事，张之洞比沈家本要高明。很多人注意到了张之洞在礼法之争中反对“修律以收回领事裁判权为目的”的言论和理由，却忽视了这样一个历史事实：即张之洞是“修律以收回领事裁判权说”的首先倡导者，正是在他的主持和坚持下，才有了 1902 年《马凯条约》中关于英国有条件地放弃其治外法权的承诺。所以我们不禁要问：《马凯条约》第十二条到底怎么回事？如何解释张之洞在这个问题上前后态度的变化和矛盾？它反映了什么？解决这些问题，可能会有利于我们深化对晚清法律改革的认识。本文依据有限的材料，在理清修律与领事裁判权的关系基础上，希望能对晚清法律改革的动因作出一个新的解释。

二、《马凯条约》第十二条：张之洞主导的中国收回领事裁判权的首次努力

庚子事变后，1901 年 9 月 7 日，战败了的清政府被迫与十一国签订《辛丑条约》，其中十一条规定：“大清国国家允定，将通商行船各条约内，诸国视为应行商改之处，及有关

通商各地事宜，均行议商，以期妥善简易”[5]。9月28日，英国政府首先派出代表团赴中国进行商约谈判，成员包括首席代表马凯（James Lyle Mackay）以及戈颁、德贞等人。中国方面的谈判代表是吕海寰和盛宣怀，参与会商的有湖广总督张之洞和两江总督刘坤一。谈判于1902年1月10日在上海正式开始，历经八个月的谈判而于9月5日双方代表签订中英《续议通商行船条约》（即《马凯条约》）。其中第十二条规定“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协助以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权”[6]。随后1903—1904年间，美国、日本、葡萄牙等国也相继在与中国签订的条约中做出类似表示。这就是一些中国法制史教科书和文章所说的“启动晚清全面变法修律活动”的收回领事裁判权问题的由来。

就中英谈判而言，马凯一开始提出了商约草案二十四款，其中第六款要求洋人在中国内地的永久居住权、第十二款要求制定适用于开放口岸的海上律例并设商律衙门，但均遭到了中国方面的拒绝。“盛宣怀认为提出这一要求时机过早，而且只要治外法权存在一天，中国决不能答应。他说中国的法律不久即将修订，以与各国的法律更相接近。将来外国人如能像在日本一样受地方官吏的管辖，即可准给这项权利”[7]。后来的几次会议上，“马凯坚持必须把中日《马关条约》所允准的权利推广。他请中国代表们再考虑他所提出的条款，中国代表们也可以指出须怎样修改才能接受。中国代表们表示不能再多给权利，并且不肯讨论任何修正”[8]。这表明，在中英谈判的初期，整顿律例以收回治外法权问题并不在清政府的考虑之内。尽管针对英方的草案，中方顾问、总税务司赫德曾提出“商律衙门海上律例云云。此议亦属甚善，若拟专条定约，应添载云：‘俟律例定妥，衙门开设后，即将不归管辖各条删除”[9]；“曾定条约虽载明英国民人应按英国律例由英官定办，惟英国商民不能援引此条以为不归地方官管理，即作毋庸遵守中国律例之据。凡华民照例不准行者，英国人民亦应一律遵守，以昭公允。且中国因此亦可愿意。凡华洋争讼事出，均于各处一律办理。故拟由外洋聘请有名律师督同熟悉中国律例者编纂律法，在通商口岸特设公堂，以便俟英国允准后华英人民所有词讼案情，均由该公堂按律办理。如中国尚未有本国熟悉新定律例之官员派充听审，或愿聘请英国律师在于公堂代为听审，亦无不可。且准华人听便，或到地方官处申诉，或到该公堂请办”[10]。赫德的思路，中方应积极地应对英方的要求，以便把片面的治外法权收回来。但考虑到这个问题的复杂性，在实际的谈判过程中，赫德的意见并没有被采纳，中方的盛、吕采取了消极抵抗的方式，即：中方不提在华洋人归我管辖的问题，英方所提的内地居住权和制设海商法与商律衙门问题也不予考虑。

《马凯条约》中关于治外法权的条款是在武昌会谈以后新增加的。由于商约谈判中的裁厘方案主要涉及长江流域，并非封疆大吏的盛、吕根本做不了主，英方代表又急着回国。故上海谈判在经历了长时间的僵局以后，马凯不得不于1902年7月移至南京、武昌与刘坤一、张之洞面谈。正是在武昌期间，会谈有了大的进展，关于裁厘的一系列悬而未决的主要障碍被突破。在武昌会谈的最后一天，张之洞提出了条约中关于治外法权的条款。1902年7月17日马凯在武昌纱厂与张之洞讨论此问题的会谈记录如下：

> “梁敦彦：您费了八个月时间并没有能解决什么！而在这几天内已经谈妥了很多条款！人们会说盛吕两位大人很慎重，而张制军容易说话，答应了您的一切条件！张制军说，您必须让他能有可以拿出来的东西。他提出两款来。一款是关于治外法权的。我们想修订我们的法律，我们即将指派委员研究。您是否可以同意，在我们法律修改了以后，外国人一律受中国法律的管辖。另外一款是关于传教的。从来还没有纯粹的传教条约，只是在通商条约内包括关于传教的规定。您是否愿意讨论这两款而取得协议呢？
>
> 马凯：你们是否可以用书面提出呢？
>
> 张之洞：在最初几年内中国也许要聘用外国法官。

马凯：我不能讨论传教问题。法国永远不会答应，这会使整个修约受影响！

张之洞：关于传教问题，我并不想对教士严加限制。我也不愿使你为难。以前的通商条约内都没有纯粹传教的条款。

马凯：…我想你们从来没有那样的条约。我也应当电告我的政府，请特准把这一条放进去。我也要说明这是经张制军特别要求的。

张之洞：自然你须向你的政府请示，但希望能在请示的时候说明你赞成增加这一款。

马凯：我必定向兰士丹勋爵说明这是张制军提出的。我本人也必定极力赞助这件事……

张之洞：你答应这几款，使我省了很多事。有不少人会指责我，但是我可以说马凯爵士很讲道理，我也必须对他讲道理……

会上也一致同意马凯爵士应电请英国政府授权在条约内增加一款如下：'中国深欲整顿本国律例以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协助，以成此举，一俟查悉中国律例情形，及其审断办法，及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权'"。⑪

应该说，片面的领事裁判权在中国实行六十年来，给中国的危害是巨大的，同时也意味着给西方各国带来了巨大的"利益"。现在中国方面提出要取消它，那无论对谈判的哪一方来说都事关重大，需要认真对待。按照常理，谈判双方必定唇枪舌剑、讨价还价一番。一个裁厘方案，盛宣怀和马凯在上海谈了半年、开了 19 次会议也还没有结果。那取消治外法权的条款，也一定要费一番周折。但历史的事实完全不是这样，历史给我们的印象：张之洞和马凯就像两个老朋友，在张之洞比较痛快地解决了一些令马凯头痛的问题以后，张之洞提出了治外法权问题，马凯没有犹豫，立刻表示赞成，报告英国政府并立刻得到批准。随后其他的国家就更加痛快地接受了这个条款。这么重大的一个问题，居然解决得如此顺利，实在令人匪夷所思。如果你不相信天上会掉馅饼，那就得承认其中必定另有奥妙。

这"奥妙"就在于：各国承诺放弃在华治外法权是有条件的。条件有二：一是中国的法律制度按照西方的标准进行改革并且"皆臻妥善"。二是中国完善与否的最终解释权、判断权在于西方各国。按照条约，且不论中国的律例及其审断办法能否按照西方各国的模式进行完善，即使有一天真的完善了，西方各国届时仍然有权利拒不承认而不放弃治外法权。所以西方各国虽然做出了放弃治外法权的承诺，但实际上条约对各国并没有任何法律的拘束力。对中国来说，西方各国的承诺只是镜中花、水中月，是不可能实现的。由于条件所限，我无法查到反映签订商约时各国政府对此条款真实心态的档案材料。但考虑到直到二十世纪三十年代初，南京国民政府全面建立具有近代意义的六法体系之时，西方列强仍没有放弃领事裁判权。我只能说，历史已经证明：西方各国本来压根就没打算去践诺。

西方各国的承诺固然是"虚伪"的，那么中国方面是不是就"幼稚"地相信并为此而发起了一场声势浩大的法律改革运动了呢？以前就多有学者认为，清末修律起因于西方列强的许诺，清政府在得到列强的允诺后，"为帝国主义故作的姿态所迷惑，受宠若惊，充满幻想"，"随即发布了修律上谕，并建立了修订法律馆"⑫。但我却要说：未必。第一、这个观点从因果关系上看错误的，因为它颠倒了清末修律的启动与《马凯条约》签订的时间先后顺序。《马凯条约》签订于 1902 年 9 月 5 日，但早在 1901 年 1 月 29 日，慈禧在流亡的路上就发布了"变法诏"，决心表示要破锢习，更法令，取外国之长，补中国之短，为晚清的政治改革，并为随之而来的变法修律敲响了开场锣鼓。1902 年 3 月 11 日，清廷发布了第一道决定修律上谕，5 月 13 日就又下了任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣的上谕。这说明早在列强的许诺之前，清政府就已经决定修律，并就修律的指导思想、机构设置、人员调配做了实际的工作。此时的中英上海谈判，正陷入僵局，中方的立场是：既然我认定你不可能放弃治外法权，那么与此相关的任何条款都不予考虑讨论。这种"守势"的立场表明：清末修律

启动的时候，中方根本就没在谈判中谋求领事裁判权的收回，更谈不上受了帝国主义的“诱惑”。第二、清政府正式的官方文件也没有明确的表明这种关系。为了启动修律，清政府曾经颁过两道谕旨。1902 年 3 月 11 日清廷发布的第一道修律上谕说“中国律例，自汉唐以来，代有增改。我朝《大清律例》一书，折衷至当，备极精详。惟是为治之道，尤贵因时制宜，今昔情势不同，非参酌适中，不能推行尽善。况近来地利日兴，商务日广，如矿律、路律、商律等类，皆应妥议专条。著各出使大臣，查取各国通行律例，咨送外务部，并著责成袁世凯、刘坤一、张之洞，慎选熟悉中西律例者，保送数员来京，听候简派，开馆编纂，请旨审定颁行。总期切实平允，中外通行，用示通变宜民之至意”[13]。显然，清政府主要还是从内政的角度来谈修律的理由的。5 月 13 日，清廷又颁布了一道上谕：“现在通商交涉，事益繁多，著派沈家本、伍廷芳，将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议。务期中外通行，有裨治理。俟修定呈览，候旨颁行”[14]。这两道谕旨都没有提到领事裁判权的问题，至于有人认为所谓“交涉情形”即指当时清政府与各国谈判签订通商行船条约中提出的收回领事裁判权问题[15]，我认为恐怕也是“误解”，正如我前面分析的，此时的清政府，根本就没有在谈判中提出领事裁判权问题的想法，此问题是在 1902 年 7 月的武昌会谈时首次由张之洞提出的。所谓“交涉情形”似宜作广义理解，即中国与西方各国在经贸、外交各方面的交往而非特指领事裁判权问题。第三、就《马凯条约》第十二款而言，既然各国承诺放弃在华治外法权是有条件的，中国如果真的希望收回治外法权的话，那就应该在中外条约中对成立条件做出更详尽的规定。但翻遍《马凯条约》的 19 个附件，无一与此有关，随后清政府签订的中外条约中也看不到针对该条款的细则性规定。一句话，条约虽然签了，但中国似乎并不关心它的实施。条款本身不具操作性，又没有相应的实施细则加以配套。那就只有傻子才会相信它的实现。而此时的清政府已经有了跟西方各国六十年直接“打交道”的经验，盛宣怀和张之洞都是当时中国干才，把他们想象成“傻子”并不切合实际情形。合理的解释只能是：清政府压根也没真的相信能靠这短短的一个条款就能收回失去了六十年的国家主权。

三、张之洞的考虑：政治意义大于实际价值

既然西方各国的承诺是虚伪的，清政府也不相信通过法律制度的改革就能收回领事裁判权，那为什么在没有朝廷授意的情况下，张之洞在中英谈判快结束的时候提出这一要求并写进了条约呢？现在看来，张之洞主要有如下考虑：

首先是为了条约的顺利签订和批准。与《辛丑条约》等以前的不平等条约不同，《马凯条约》没有类似割地赔款这样明显的侵略性和侮辱性条款，谈判总的说来是建立在平等互利的基础上的。“比起总督们和外务部来，盛宣怀是比较愿意迎合马凯的意见的；这些意见，有些接受了（对中国）是有好处的，有的是应当拒绝的”[16]，但朝廷里的御史上书弹劾盛宣怀“卖国”，外务部、户部和总督们又多方牵制，使得盛宣怀根本做不了主、也不敢做主。谈判移至武昌后，张之洞有魄力决断了许多事情而使谈判不至于破裂。他虽然不怕御史的弹劾，但为了让朝廷顺利批准条约，它仍然必须证明：向英国人做出了那么多“让步”后，我们得到了什么？显然，单纯的述说中国会从条约中得到多少经济利益已不足以说明问题，于是民愤极大的“治外法权”问题和“教案”问题便纳入了张之洞的视野。但他深知这两个问题的复杂性和解决的艰巨性，于是就采取了条约中我们所看到的“避重就轻”、非实质性规定的手法。这就是张之洞在谈判中说的，“我也不愿使你为难”（不会让英国的利益受到实质性损害），但“您必须让他能有可以拿出来的东西”（取消治外法权的政治意义足以堵住反对签约者的嘴）。武昌会谈结束以后，张之洞马上屡电北京，要求从速批准条约，电文中除了说明“此约中国毫不吃亏”外[17]，还特别强调了治外法权条款的政治意义，“查日本三十年前，始创修改法律管辖西人之谋，商之于

英，赖英首允其议，彼国君臣从此极力明法修政，有志竟成。至今西人竟皆遵其法令，日本遂与欧美大国抗衡。依中国今日国势，马使竟允此条，立自强之根，壮中华之气，实为意料所不及”[18]。所以，张之洞提出治外法权条款，首先是为了回应对商约谈判的各种批评，以便清廷尽快签订和批准条约。

其次是为了推进国内的变法改革进程。1901年1月，清政府在西安下诏变法，新政开始。但此时的慈禧太后仍心存疑虑，不愿督抚们在覆奏中言“西法”，致使初期督抚们或驻足观望不覆奏或覆奏空洞无物。对此张之洞极为不满，屡电军机大臣鹿传霖，坚持应提“西法”，“去腊变法谕旨，海内欢欣鼓舞，咸谓中国从此有不亡之望矣……嗣闻人言内意不愿多言西法……不绝废然长叹，若果如此，变法二字，尚未对题，仍是无用，中国终归澌灭矣”。他认为，“欲救中国残局，唯有变西法一策”[19]。七八月间，为了推动新政的进程，由张之洞主稿，与刘坤一联衔所上《江楚会奏变法三折》，迫使慈禧于10月2日再次下诏强调变法并肯定了会奏中整顿中法、采用西法的具体措施，但改革的阻力仍然存在。所以，接着进行的中英商约谈判，中方代表便注意把条约的内容与国内的改革联系起来，希望借助于国际条约的力量推进新政事宜。事实上，《马凯条约》中的一些条款，如裁撤厘卡以整顿国内税制、统一币制和度量衡、整顿律例、商标的注册与保护等，的确有利于中国的政治、经济制度走向国际化，对中国社会的发展具有进步意义。这一点，外人也意识到了，赫德就说新商约“是一个好的条约，如果列强全部接受、中国充分执行该约，其结果将会是改良”[20]。所以西方列强在不损害自己根本利益的情况下做出放弃领事裁判权的承诺，显然也是出于对中国改革与西化倾向的鼓励，和对革新派的支持。两者结合，才破天荒地出现了这样的局面：虽然中方拒绝了英方关于内地居住权和制设海商法与商律衙门两项要求，但英方还是答应了中方的请求并做出了有条件放弃领事裁判权的承诺。

再次是为了对外宣示争取国家主权独立的愿望和要求。随着中西交往的深入，近代国际法上的国家主权观念和平等思想也为越来越多的中国人所接受。中英谈判中，盛宣怀、张之洞、刘坤一屡屡提及挽回“主权”、“利权”、“财权”、“治权”。“利权”、“财权”指的是维护国家的经济利益和国家对财政税收的控制权，“治权”指的是国家属地管辖的司法权，也就是要收回治外法权，它们实际上都是国家主权的组成部分。“尽管清政府官员谈及主权时遣词多有分歧，表明他们对这一理论的把握尚显浮浅”[21]，但这丝毫也掩饰不了他们国家主权意识的觉醒。在对外的意义上，主权则意味着民族独立、平等与尊严，面对着近代史上一个个丧权辱国的不平等条约，晚清仁人志士追求主权独立的愿望反而更加强烈。在中国愿意按照国际通行的规则行事的条件下，要求西方列强平等相待，放弃在华片面的治外法权，也是非常自然的。但张之洞清楚，挽回和维护国家主权，最终要靠国家力量的强大。因此，他提出这一条款，主要也是基于对外宣示主权的象征意义。[22]

综上所言，单就修律以收回领事裁判权问题而言，《马凯条约》第十二条是张之洞有意制造的一面“政治盾牌”。张之洞所追求的，主要是其政治意义而非其实际价值。实际上，历史的评价也是这样。

四、历史的转变：张之洞自戳“盾牌”

恰如《清史稿》所言，自1902年中国政府决定修订法律和签订《马凯条约》以后，“自此而议律者，乃群措意于领事裁判权”，中国的法律改革就在许多人“修律以收回领事裁判权”的幻觉中前行。但从1907年开始，张之洞放弃了自己首倡的这一说法。在1907年9月3日的《遵旨核议新编刑事民事诉讼法折》中，张之洞详尽批驳了沈家本、伍廷芳在《进呈诉讼律拟请先行试办折》中所阐述的立法理由，其中尤其反对“修律以收回领事裁判权”说，指出：“近年与英、美、日本订立商约，彼国虽允他日弃其治外法权，然皆声明‘俟查悉中国律例情形、审断办法及一切相关事宜皆臻妥善’等语。是已失之法权，不能仅

恃本法为挽救，其理甚明。所谓‘一切相关事宜皆臻妥善’十字，包括甚广。其外貌则似指警察完备、盗风敛戢、税捐平允、民教相安等事。其实则专视国家兵力之强弱、战守之成效以为从违。观于日本实行管束外国商民，实在光绪二十年以后才可以晓然”[23]。1908 年 6 月 5 日，已经是军机大臣兼管学部的张之洞，在以学部名义覆奏新刑律草案折中又指出，“盖收回治外法权，其效力有在法律中者，其实力有在法律外者。日本改律在明治二十三年，直至明治二十七年以后，各国始允其请，是其明证”[24]。张之洞的意思为，第一、单纯修律本身并不能收回治外法权，中外双边条约中的相关条款是靠不住的，收回法权最终要依靠国家强大的实力；第二，日本收回治外法权的历史也证明了第一点。这两点意见，恰恰和几年前商约谈判时致电中央所表达的思想形成鲜明的对比。

张之洞态度的变化，缘于法律改革进程的变化。一般认为，清末十年的法律改革分为两个阶段，1902 - 1905 年为第一阶段，这个阶段的法律改革主要是删削旧律，内容和工作不出《江楚会奏变法三折》的范围；但自 1906 年 7 月清政府决定“仿行宪政”、实施“预备立宪”之后，清末的法律改革便进入第二阶段，开始向纵深发展，国家致力于建立新的法律体系、实行司法独立。由是，异议蜂起，并进而从具体法律条款的争辩发展到追究修律的目的和宗旨，形成了分别以张之洞和沈家本为首的礼法之争。鉴于沈家本在上奏新法律草案、阐述立法理由的时候，总是言必称“修律以收回领事裁判权”一说，张之洞要取得论争的胜利，首先就必须戳穿沈家本的这个理由和“盾牌”[25]。由此可见，正是在法律改革的一系列重大原则、基本指导思想上，张之洞和沈家本出现了不可调和的分歧，才迫使张之洞对领事裁判权问题的态度发生变化。所以在论争中，对于领事裁判权问题，除了上述两点意见外，他还总是强调第三点：退一步说，即使修律能收回领事裁判权，沈家本的草案也是不行的。对于《刑事民事诉讼法草案》，张之洞认为不切合中国的实际、单纯模仿西方的诉讼法只会使事情更坏，“在法律大臣之意，变通诉讼制度，以冀撤去治外法权，其意固亦甚善。惟是各国侨民，所以不守中国法律者，半由于中国制度之不能保其自家财产。外国商民冒险远至，其本国欲尽保护之职分，不得不计其身家性命之安危。乃因各省伏莽充斥，盗贼横行，官吏虽多而不能保民；警察虽设而不能偏及，致为外人窃笑。而谓变通诉讼之法，即可就我范围，彼族能听命乎？……若果不查情势，贸然举行，而自承审官、陪审员以至律师证人等，无专门学问，无公共道德，骤欲行此规模外人貌合神离之法，势必良懦冤抑，强暴纵恣，盗已起而莫惩，案久悬而不结。此臣所谓难挽法权而转滋狱讼者也”[26]；对于《大清新刑律》，张之洞认为完全没有必要为了收回领事裁判权而抛弃与中国纲常伦纪有关的条款，“查外人所以深诋中国法律，必须改变者约有数事：一刑讯无辜；一非刑惨酷；一拘传过多；一问官武断；一监羁凌虐；一拖累破家。果能将此数端积弊严禁痛改而国势实力日渐强盛，然后属地主义之说可以施行，外人自不能干我裁判之权。并非必须将中国旧律精义弃置不顾，全袭外国格式之法，即可立睹收回治外法权之效也”[27]。正是这第三点，才是张之洞真正想表达的。所以我们才可以理解，为什么礼法之争达到“肉搏”阶段时，礼教派会直指法理派坚持此说的动机，认为那不过是废弃纲常名教、一意摹仿外国的借口，“收回领事裁判权之说，道德法律不当浑而为一之说，乃说者恃以抵制纲常名教之说之坚垒也”[28]。“臣料宪政编查馆诸员，亦自知领事裁判权决无收回之望。各国刑律互相歧异，万无改同一律之理，不过藉此欺我皇上耳”[29]。

礼法之争所体现的，是两种法律改革模式的争论，本身无好坏、保守与进步之分。在中国应该向西方学习这一点上，两者的观点是一致的。这也就是为什么他们曾经共同祭起“修律以收回领事裁判权说”这杆大旗的原因（因为那时还有真正的保守派在阻碍改革，他们面临着共同的敌人）。1902 年为了向西方学习而倡“修律以收回领事裁判权说”，1907 年为了反对法律改革中的“冒进”而倡纲常礼教这类“本土资源”（这里借用苏力先生的概念），应该视为张之洞法律思想的自然发展而非倒退。

五、结论

《辛丑条约》签订以后，在西方列强放弃了瓜分中国和推翻慈禧最高统治者的企图之后，清政府所要做的就是如何收拾国内的残局，“欲救中国残局，唯有变西法一策”㉚。清末十年的变法就是在这样的背景下展开的，修律作为新政的一部分，也是服从和服务于清末这一整体政治局势的。清末修律并没有自己额外的起因和目的。否则，我们难以想象，在战争刚刚过去，国内局势百废待兴的情况下，清政府会首先想到这个棘手的问题并认真加以解决。联系到张之洞 1902 年说签订了这条“立自强之根、壮中华之气”的条款，“实为意料所不及”，以及后来所言能否收回领事裁判权不在法律本身而在国家实力的强弱这句话来看，《中英续议通商行船条约》第十二款是颇可玩味的。列强的承诺当然是虚伪的，但中国政府也没有真的把它当作可以很快实现的东西来看。只不过对刚刚受尽屈辱的中国政府来说它是体面的，可以就此向国人大肆炫耀其国际地位的提高，回应孙文等革命党人所谓“洋人的朝廷”的谴责。不管是张之洞，还是后来的沈家本，都把收回领事裁判权作为修律的嚆矢，目的在于用爱国主义旗帜凝聚已经涣散了的人心，统一思想以减少改革的阻力。所以我们看到，清末十年法律改革的起伏是与国内政治改革的进程同步的，而与对外如何收回领事裁判权问题无关。在分析清律法律改革的启动时，我不反对把领事裁判权问题作为历史背景来分析，但把它视为启动的主因或直接原因就显然是错误的。

---

①李启成：《领事裁判权制度与晚清司法改革之肇端》，《比较法研究》2003 年第 4 期，第 16 - 28 页。

②㉑张德美：《探索与抉择——晚清法律移植研究》，清华大学出版社，2003 年版，第 150 - 162 页；第 158 页。

③④高潮、马建石：《中国历代刑法志注释》，吉林人民出版社 1994 年，第 1011 页；第 1060 页。

⑤王铁崖：《中外旧约章汇编》（第一册），北京三联书店 1957 年，第 1007 页。

⑥（清）朱寿朋：《光绪朝东华录》（第五册），中华书局 1958 年，第 103 页。

⑦⑧⑨⑩⑯中国近代经济史资料丛刊编辑委员会：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局 1994 年，第 20 页；第 49 页；第 5 页；第 13 页；第 61 页。

⑪同注⑦，第 137 页。必须指出，按照国际法，治外法权（即外交豁免权）和领事裁判权（普通外国人在他国所享有的不受所在国法律管辖的片面待遇）并不是一回事。但中国人由于国际法的缺乏，长时间以来把实际上的领事裁判权视为治外法权，直到 1907 年左右，中国人才认识到这两者的区别。见沈家本《刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》。

⑫徐晓光等：《清末法制变革及其历史意义》，《社会科学辑刊》，1992 年第 6 期。

⑬⑭《德宗景皇帝实录》，中华书局 1987 年，第 536 - 537 页；第 577 页。

⑮李贵连：《近代中国法制与法学》，北京大学出版社 2002 年，第 139 页。

⑰⑱苑书义、孙华峰、李秉新编：《张之洞全集》，河北人民出版社 1998 年，第 8849 页；第 2251 页。

⑲㉚中国人民大学清史研究所：《清史编年》（第十二卷），中国人民大学出版社 2000 年，第 254 页。

⑳卢汉超：《赫德传》，上海人民出版社 1989 年，第 289 页。

㉒这象征意义还是有价值的，虽不是如张之洞所说的“立自强之根，壮中华之气”，但毕竟是中国收回领事裁判权漫长征途上的第一步，其筚路蓝缕之功，自不待言。

㉓㉔㉖㉗㉘张国华、李贵连：《沈家本年谱初编》，北京大学出版社 1989 年，第 117 - 118 页；第 199 页；第 117 - 118 页；第 199 页；第 199 页。

㉕笔者在 2003 年 11 月济南召开的中国法律史年会上曾宣读论文《托洋改制——法理派眼中的收回领事裁判权问题》，阐述沈家本和领事裁判权问题的关系。结论是：清末礼法之争中，就修律与收回领事裁判权关系问题的辩论表明，法理派清醒地认识到单纯修律本身并不能收回领事裁判权，但在礼教文化占主流地位而法理派本身又不敢正面否定礼教文化的价值的情况下，只好拿收回领事裁判权作为推进中国法律近代化的手段。

㉙刘锦藻：《清朝续文献通考》，浙江古籍出版社 1988 年，第 9936 页。